



## Droit international

Albane Geslin

### ► To cite this version:

Albane Geslin. Droit international. Balzacq, Thierry ; Ramel, Frédéric ;. Traité de relations internationales, Presses de Sciences Po, pp.607-629, 2013, 978-2-7246-1330-8. halshs-00880392

**HAL Id: halshs-00880392**

**<https://shs.hal.science/halshs-00880392>**

Submitted on 6 Nov 2013

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Droit international

Albane Geslin

in T. Balzacq et F. Ramel, *Traité de relations internationales*, Presses de Sciences Po, 2013

Ainsi que le souligne Emmanuelle Jouannet, « [le] droit international est actuellement soumis à de multiples évolutions qui lui font traverser une véritable crise d'identité et qui amènent à repenser sa notion » (Jouannet, 2013, p. 68). En effet, le phénomène complexe de globalisation – notion sujette à controverses et débats dans lesquels nous n'entrerons pas dans le cadre de cette analyse –, ce « dernier avatar de la mondialisation » (Milani, 2000, p. 426), n'est pas sans conséquences sur l'ordre juridique international. Si le droit international est et demeure *le droit de la société internationale*, il devient indispensable de prendre la mesure des évolutions contemporaines de cette société ainsi que des modalités de régulation en son sein pour proposer une vision reflétant la complexité du réel.

Classiquement, et reprenant en cela l'approche hegelienne, on présente le droit international comme « une technique de formalisation des volontés souveraines, permettant d'établir une large mesure de stabilité et de prévisibilité aux relations établies entre les États, directement ou dans le cadre des organisations internationales » (Dupuy et Kerbrat, 2012, p. 11). Ou encore, et schématiquement, comme « *a legal universe with two guiding principles. First, law was deemed to reside only in the acts of official, state-sanctioned entities. Second, law was seen as an exclusive function of state sovereignty* » (Berman, 2005, p. 487<sup>1</sup>). Or, le phénomène de globalisation a fait émerger de nouveaux acteurs sur la scène internationale (acteurs qui participent eux-mêmes au-dit phénomène), de nouvelles préoccupations, de nouvelles formes de régulation, dans certains cas endo-causales, transnationales et ne reposant pas nécessairement sur le *hard law*, qui constituent autant de turbulences, parfois qualifiées d'anomalies, que le juriste internationaliste ne peut ignorer, et encore moins exclure de son champ d'analyse. Encore faut-il conserver réserve et prudence à l'égard de l'interprétation que l'on peut donner de ces évolutions, faute d'un recul historique conséquent. A-t-on radicalement changé de paradigme, le droit international nouveau rejetant alors le modèle westphalien et faisant fi des souverainetés au profit d'une *global community* (Garcia, 2005, p. 1) ? Un tel renversement marquerait la « victoire » des positivistes objectivistes (Scelle, Ago, Virally, entre autres) sur les positivistes volontaristes (Jellinek, Triepel, Anzilotti notamment) et normativistes (parmi lesquels, Kelsen). Ou privilégiant une approche plus pragmatique, faut-il davantage considérer

---

<sup>1</sup>Cet auteur contestant une telle vision, trop restrictive à ses yeux.

la période actuelle comme celle d'une « reconfiguration » (Jouannet, 2013, p. 29), faisant émerger un ordre juridique « hybride d'ancien et de nouveau » (Halpérin, 2009, p. 233) ?

Dans le cadre de cette étude, c'est la seconde branche de l'alternative qui sera retenue, en ce qu'elle permet, notamment, de mettre l'accent moins sur des ruptures réelles ou supposées que sur un processus évolutif, dynamique et mouvant. Processus qui plus est protéiforme, conduisant à constater une dispersion croissante de la fonction normative ainsi qu'une diversification des formes de juridicité et une prolifération normative. Autant d'éléments amenant à interroger l'émergence d'une *entangled hierarchy* (Teubner, 1997b) ainsi que la notion de force normative en droit international.

## **LA DISPERSION CROISSANTE DE LA FONCTION NORMATIVE INTERNATIONALE**

« Se borner à dire, par référence aux divers lieux de la production contemporaine du droit, que la globalisation a effectivement causé une segmentation de ces derniers pourrait apparaître, somme toute, banal ; en conclure que le pouvoir de dire le droit attaché à une souveraineté étatique désormais fragilisée est aujourd'hui fragmenté passerait pour une trivialité. Ce qui est intéressant, c'est plutôt de savoir qui bénéficie de cette fragmentation, qui participe de cette segmentation » (Arnaud, 2003, p. 271).

Au regard de l'ordre juridique international, la question est, en effet, celle-ci, car on constate que cette segmentation est l'œuvre d'un nombre et d'une variété accrus de sujets du droit international et a pour conséquence l'émergence de communautés normatives alternatives.

### *La diversification des sujets de l'ordre juridique international*

#### Les sujets classiques du droit international

Selon une approche restrictive de la personnalité juridique internationale, une triple capacité constitue la « quintessence de la subjectivité internationale » (Distefano, 2007, p. 117<sup>2</sup>) et l'expression de l'indépendance du sujet : conclure des traités (*jus contrahendi*), établir des relations diplomatiques (*jus legationis*) et participer aux mécanismes de la responsabilité internationale (*jus standi*) (Distefano, 2007, p. 119-124).

---

<sup>2</sup>Reprenant l'approche retenue par Christian Dominicé, « La personnalité juridique dans le système du droit des gens », dans Christian Dominicé (dir.), *L'Ordre juridique international, entre tradition et innovation. Recueil d'études*, Paris, PUF, 1997, p. 70 et suiv.

Partant, disposant de la plénitude de ces capacités, l'État – comme « sujet fondamental » (Dupuy, 2003, p. 95) – et l'organisation internationale – comme sujet dérivé – sont unanimement considérés comme disposant de la personnalité juridique internationale. Encore n'est-ce qu'en 1949 qu'a été reconnue la subjectivité internationale des organisations internationales (CIJ, AC, 11 avril 1949, Réparation des dommages subis au service des Nations unies, *Rec.*, p. 174-220). La Cour internationale de justice (CIJ) y reconnaît que, « [a]lors qu'un État possède dans leur totalité les droits et devoirs internationaux reconnus par le droit international, les droits et les devoirs d'une entité telle que l'organisation doivent dépendre des buts et fonctions de celles-ci » (CIJ, 1949, p. 180). Les organisations internationales disposent donc d'une personnalité juridique fonctionnelle, et donc limitée au regard de celle des États, en application du principe de spécialité (le contenu de la personnalité juridique de l'organisation est déterminé par son acte constitutif, le plus souvent complété, sur le fondement d'une interprétation dynamique par référence à la théorie des compétences implicites).

Ces deux sujets ont été rejoints, plus ponctuellement et avec des capacités très différentes, par certains mouvements de libération nationale (tel le mouvement de libération de la Namibie – SWAPO ; l'Organisation de libération de la Palestine – OLP ; et plus récemment l'Armée populaire de libération du Soudan – APLS), et certaines organisations non gouvernementales assimilées à des organisations internationales (le Comité international de la Croix rouge ou l'Ordre de Malte).

### Les nouveaux sujets de l'ordre juridique international

Alors que d'aucuns appelaient, à la toute fin du XX<sup>e</sup> siècle et avec justesse, à « devattéliser<sup>3</sup> » la pensée des internationalistes afin de prendre en considération les nouveaux « destinataires » du droit international, peut-être peut-on, avec d'autres, oser un pas supplémentaire et proposer de prendre en considération de nouveaux « sujets » du droit international, au-delà de la seule reconnaissance de leur rôle d'« acteurs » des relations internationales et de leur capacité à être destinataires du droit international. L'important est alors, non seulement de s'interroger pour savoir si l'approche restrictive de la subjectivité évoquée précédemment ne conduit pas à exclure indûment un certain nombre d'entités agissant sur la scène internationale, mais également de s'accorder sur les critères permettant d'identifier les titulaires de la personnalité juridique internationale.

---

<sup>3</sup>Posture d'émancipation à laquelle J. Combacau appelait les internationalistes, affirmant que le droit international, « trop souvent perçu improprement comme [...] le pur *ius inter gentes* qu'il a depuis longtemps cessé d'être, soit tenu pour un *ius gentium*, non pas seulement dans quelques secteurs limités comme celui des droits de l'homme mais beaucoup plus général : [...] [qu']il soit manifeste que parmi ses destinataires, outre les États et les autres personnes morales internationales, il compte les sujets ordinaires du droit » (SFDI, 1997, p. 268).

Écartant la conception restrictive, on peut retenir les critères posés par la CIJ en 1949, à savoir « la capacité d'être *titulaire de droits* et de *devoirs internationaux* et [...] [la] capacité de se *prévaloir de ces droits* par voie de réclamation internationale » (CIJ, 1949, p. 179) ; italiques ajoutées). À ces trois premiers critères, certains en ajoutent deux : la possibilité d'être *déclaré responsable* du manquement à ses obligations internationales et la *capacité normative* (que l'on ne devrait pas réduire à la seule capacité de conclure des traités étant donné que les sources du droit international sont plus nombreuses, voir *infra*). Ainsi que le souligne la CIJ, « tous les sujets de droit, dans un système juridique, ne sont pas nécessairement identiques quant à leur nature ou à l'étendue de leurs droits » (CIJ, 1949, p. 178).

Si l'on retient les quatre premiers critères, la subjectivité internationale des individus n'est pas contestable : la consécration internationale et régionale des droits de l'homme, la création de juridictions spécifiques chargées d'en assurer le respect (Cour européenne, Commission et Cour interaméricaines des droits de l'homme, Commission et Cour africaines des droits de l'homme et des peuples, etc.) et susceptibles d'être saisies directement par les particuliers, le développement du droit international pénal et la création des deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda) et de la Cour pénale internationale (CPI) ayant pour mission de juger les responsables des crimes de guerre, crimes contre l'humanité et crimes de génocide, attestent, entre autres exemples, de la capacité juridique internationale des individus, active et passive. Ainsi que le souligne Antonio Augusto Cançado Trindade, « la personnalité juridique internationale s'est développée pour s'étendre aujourd'hui non seulement aux États et aux organisations internationales, mais aussi aux individus – à la personne humaine – qui sont les véritables sujets (et non de simples acteurs) du droit international » (Cançado Trindade, 2011, p. 57).

Peut-on toutefois reconnaître à d'autres acteurs des relations internationales une telle personnalité juridique ? Les firmes multinationales disposent d'une certaine capacité normative, à tout le moins transnationale, étant donné qu'elles peuvent conclure des accords avec des États. Elles disposent également de la capacité à se prévaloir de leurs droits par voie de réclamation internationale, en saisissant notamment le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (Cirdi), et peuvent, dans une certaine mesure, se voir déclarées responsables de manquement à leurs obligations internationales (notamment devant certains organes de surveillance de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) appelés National Contact Points<sup>4</sup>). La question de la reconnaissance de la personnalité

---

<sup>4</sup>Pour une affaire récente, voir *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises, Complaint from Survival International against Vedanta Resources plc*, 25 septembre 2009. Dans ce rapport, l'UKNCP reproche à la compagnie minière de ne pas avoir pris en considération « *the impact of the construction of the mine on the rights and freedoms of the Dongria Kondh, or balance the impact against the need to promote the success of the company. For these reasons, Vedanta did not respect the*

juridique internationale des firmes multinationales est en outre d'autant plus importante aujourd'hui qu'un processus de sociétisation et de privatisation de certaines activités opérationnelles des organisations internationales émerge (Inmarsat, Intelsat, Eutelsat notamment).

De même, les peuples autochtones peuvent être considérés comme disposant, dans une certaine mesure là encore, de la personnalité juridique internationale : leurs droits ont été reconnus par la convention 169 de l'Organisation internationale du travail du 27 juin 1989 et par la déclaration des Nations unies du 13 septembre 2007. Ils peuvent en outre les faire valoir notamment devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (Geslin, 2010). Les collectivités infra-étatiques, particulièrement présentes sur la scène internationale dans le cadre de la coopération décentralisée, de l'aide publique au développement voire de l'aide humanitaire, peuvent également se voir reconnaître une certaine dose de personnalité juridique internationale. Enfin, il en est de même, et à titre transitoire, des entités non étatiques tels des groupes armés, auxquels le Conseil de sécurité des Nations unies peut imposer, par voie de résolutions adoptées sur fondement du chapitre VII de la Charte, des obligations internationales (cessez-le-feu, respect du droit international humanitaire, coopération avec les représentants des Nations unies, etc.).

La personnalité juridique internationale se présente ainsi sous la forme d'un dégradé aux tons plus ou moins soutenus, allant de la possession de droits et d'obligations internationaux à la capacité de conclure des traités. « [À] moins d'avoir une conception dogmatique de la personnalité, ramenée à celle de l'État, il n'y a aucun obstacle juridique vraiment sérieux à la création d'une telle situation » (Dupuy, 2003, p. 112 ; voir également Jouannet, 2013, p. 42-47). La profusion des subjectivités internationales conduit nécessairement à reconsidérer les relations que ces sujets entretiennent et plus particulièrement la multiplicité des communautés normatives au sein desquelles ils évoluent, et à envisager l'émergence d'une société hétérarchique.

### *Multiplicité des communautés normatives et hétérarchie*

Par « communautés normatives » (reprenant l'expression « *normative communities* » de Paul Schiff Berman (2005, p. 556), il faut entendre non seulement les lieux multiples de production du droit (organisations internationales ou régionales, conférences, juridictions, etc.), mais également les agencements multiples de sujets de droit international porteurs à un degré ou à un autre d'une capacité normative. Classiquement, les enceintes de production du droit

---

*rights and freedoms of the Dongria Kondh consistent with India's commitments under various international human rights instruments, including the UN International Covenant on Civil and Political Rights, the UN Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on Biological Diversity and the UN Declaration on the Rights of Indigenous People* » (§ 67 ; [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

international sont les conférences internationales (bi, pluri ou multilatérales), ainsi que les organisations internationales. On peut également ajouter que la scène internationale dans son ensemble peut être considérée comme un lieu de production du droit, en ce qu'elle représente l'espace sur lequel se déploient les pratiques étatiques, porteuses ou expression de normes coutumières.

Cependant, la globalisation a conduit à l'émergence de « lieux de production alternative du droit » (Arnaud, 2003, p. 243), mais également, et en lien, à l'apparition de modalités alternatives de production du droit international. S'il ne s'agit pas d'un phénomène d'ampleur considérable, il est néanmoins significatif d'une évolution qu'il est impossible d'ignorer. Ainsi que le note Saskia Sassen, « le tournant global présente une caractéristique cruciale qu'on néglige trop souvent : on voit se multiplier les assemblages mondiaux partiels, et souvent spécialisés, des fragments de territoires, d'autorité et de droit (TAD) qui échappent peu à peu à l'emprise des cadres institutionnels nationaux. [...] ces formations [...] pour l'essentiel seulement embryonnaires sont [...] susceptibles d'ébranler en profondeur les arrangements institutionnels dominants (État-nation et système supranational) qui règlent les questions d'ordre et de justice » (Sassen, 2013, p. 186 et 187). On s'interrogera alors par la suite pour comprendre si de cette polycentricité a émergé une société hétérachique, à savoir une société non plus établie sur des rapports verticaux, mais sur des rapports de pouvoir entre égaux.

### Les communautés normatives alternatives

Sans prétendre à l'exhaustivité, quelques exemples significatifs peuvent être présentés. On mentionnera pour mémoire le rôle déterminant des firmes multinationales dans l'élaboration du droit transnational (*lex mercatoria*, *lex constructionis*), mais également celui du mouvement sportif transnational (fédérations sportives internationales, Comité international olympique, Tribunal arbitral du sport, Agence mondiale antidopage) dans l'émergence de la *lex sportiva* (Latty, 2007).

Dans le domaine financier, on peut évoquer la création en 2009 par le G 20 du Conseil de stabilité financière (se substituant au Forum de stabilité financière). Cette instance internationale est composée de 70 institutions représentant 24 États, 6 institutions financières régionales et internationales et 6 normalisateurs techniques internationaux. Non dotée de la personnalité juridique, et établie sur une base non conventionnelle, elle participe cependant de la régulation du système financier international et « *coordinate at the international level the work of national financial authorities and international standard setting bodies and (...) develop and promote the implementation of effective regulatory, supervisory and other financial sector policies* » ([www.financialstabilityboard.org/](http://www.financialstabilityboard.org/)).

En matière environnementale, face à l'incapacité dans laquelle les États sont pour l'heure d'adopter un texte contraignant visant à la réduction effective des émissions de gaz à effet de serre, les métropoles ont pris le relais (Betsill et Bulkeley, 2006 ; Abbott, 2011). Ainsi ont-elles adopté en novembre 2010, lors du Sommet mondial des maires sur le climat, le Pacte climatique mondial des villes, dit pacte de Mexico, au terme duquel les 268 villes signataires se sont notamment engagées à réduire leurs émissions de gaz à effet de serre (art. 1), mettre en place des mesures locales d'atténuation climatique (art. 2) et développer des stratégies locales d'adaptation (art. 3). En outre, afin de rendre quantifiables les émissions de gaz à effet de serre et les actions de réduction, a été institué le Carbonn Cities Climate Registry<sup>5</sup>. À l'échelle européenne, la Commission européenne a soutenu en 2008 l'adoption de la Convention des maires, qui réunit actuellement 4 311 collectivités signataires, afin de mobiliser les acteurs locaux et régionaux pour la réalisation des objectifs de l'Union européenne en matière de réduction des émissions de GES<sup>6</sup>. Ces évolutions reflètent clairement le fait que, dans le monde de rareté dans lequel nous vivons, les États, attachés à leurs intérêts nationaux, se trouvent entre eux en situation de concurrence notamment au regard de la problématique de croissance économique, et sont incapables de répondre aux enjeux environnementaux globaux. « Face à l'environnement, comme face à toute sorte de logiques *infra* ou *transnationales*, l'État est, pour ainsi dire, dessaisi de certains de ses rôles monopolistiques : de plus en plus, les acteurs sociaux et les opérateurs économiques s'approprient certaines des fonctions auparavant exclusives de l'appareil étatique-national » (Milani, 2000, p. 453). D'autres acteurs se substituent donc aux souverainetés défaillantes, illustrant le développement de ce qu'on qualifie de « régulation multiniveaux » (Poupeau, 2013).

On peut enfin mentionner les travaux que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle mène depuis 2000 sur la protection des savoirs traditionnels et autochtones. Des négociations ont en effet été engagées pour parvenir à un accord sur un instrument juridique international visant à garantir une protection efficace de ces savoirs par le biais d'un droit de propriété intellectuelle, négociations auxquelles participent, non seulement des représentants des États, mais également des représentants de certaines communautés autochtones d'Amérique du Nord, du Sud, d'Afrique et d'Océanie. Le texte qui sera conclu à l'issue de ces négociations sera certes adopté par les États, mais aura été élaboré sur une base transnationale.

Pour clore cette réflexion, on soulignera que l'émergence et la prolifération de ces « assemblages mondiaux partiels », « assemblages spécialisés » (Sassen, 2013, p. 186 et 201), soulève des problèmes à la fois éthiques et politiques. Qu'en est-il en effet de la représentativité et de la légitimité de certaines de ces communautés normatives ? Si les villes font état du fait que 50 %

---

<sup>5</sup><http://citiesclimateregistry.org/>

<sup>6</sup>[www.conventiondesmaires.eu/](http://www.conventiondesmaires.eu/)



de la population mondiale vivent actuellement en milieu urbain et que 80 % de la consommation d'énergie et des émissions de GES sont liés à l'activité urbaine, l'OMPI peut arguer du dialogue interculturel et de l'internormativité. Quant aux autres, leur légitimité est essentiellement technique...

### Émergence d'une société hétérarchique ?

Peut-on conclure de ces évolutions contemporaines de l'ordre juridique international à l'apparition d'une société hétérarchique ? Au regard de la définition proposée ci-dessus, on pourrait tout à fait soutenir que la société interétatique constitue une société hétérarchique (même si on la présente le plus souvent comme une société anarchique). Toutefois, l'enjeu étant ici d'analyser la société internationale dans toute la complexité décrite précédemment, l'observation portera sur les rapports qu'entretiennent tous les sujets de l'ordre juridique international. Il ne s'agira toutefois, dans les quelques lignes qui suivent, que de réflexions très générales, qui seront complétées par celles menées dans la troisième partie (voir *infra*).

De fait, on constate un partage du pouvoir de créer et d'appliquer le droit sur la scène internationale, les États et les organisations internationales n'en n'ayant plus le monopole, soit qu'ils l'aient délégué, soit qu'ils aient été contournés. Le phénomène de « polycentricité » est indéniable (Arnaud, 2003, p. 242), de même que la multiplication des réseaux (Ost et Van de Kerchove, 2002). Il n'en demeure pas moins que ce partage du pouvoir ne se fait pas véritablement sur une base égalitaire. L'État demeure juridiquement le pivot de l'ordre international et « tous les sujets procèdent de l'État et lui seul possède, en droit international général, la plénitude de la personnalité. [...] L'État perd du pouvoir, de l'influence [...] mais on ne peut toujours pas s'en passer, notamment comme agent de création d'autres sujets de droit dans l'ordre juridique international. Ce sont donc toujours les États qui détiennent le pouvoir de régulation de la “population” des sujets de cet ordre » (Dupuy, 2003, p. 116-117). Parallèlement à cette dispersion de la fonction normative internationale, on constate également une diversification des formes de juridicité et une prolifération normative, toutes ces évolutions étant liées.

## **DIVERSIFICATION DES FORMES DE JURIDICITÉ ET PROLIFÉRATION NORMATIVE**

En tant qu'instrument de régulation sociale, le droit international s'est vu assigner au fil des siècles des finalités variables, allant toutefois dans le sens d'un interventionnisme croissant, intensifiant de ce fait la complexité normative de l'ordre juridique international.

### *Les finalités du droit international contemporain*

Les membres de la communauté internationale ont attribué au droit diverses finalités. Sans entrer dans des détails bien connus, on rappellera que du XVII<sup>e</sup> jusqu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle, il s'est agit principalement d'organiser la liberté des États souverains – européens et américains<sup>7</sup> – ainsi que leur sécurité. Période au cours de laquelle se développe, pour reprendre l'expression d'Emmanuelle Jouannet, un « droit libéral pluraliste » (Jouannet, 2011a). L'objectif assigné au droit international est alors d'assurer la coexistence et la coopération des États, sachant que le recours à la guerre est un mode reconnu de règlement des différends (jusqu'en 1928, date de l'adoption du pacte Briand-Kellogg). Le droit repose sur les principes d'égalité (entre États dits « civilisés » exclusivement), de neutralité (indifférence du droit international à l'égard des régimes politiques internes) et d'intégrité territoriale. D'un point de vue matériel, les normes internationales sont relativement peu nombreuses, d'origine coutumière, parfois en cours de codification : droit de la guerre (*jus ad bellum* et *jus in bello* : déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, conventions de La Haye de 1899 et 1907) ; droit des relations diplomatiques et consulaires ; droit des communications internationales (maritimes et fluviales – dont le traité de Paris de 1856, le protocole de Londres de 1861 et le traité de Constantinople de 1888 – puis, suivant l'évolution des techniques, ferroviaires, postales et télégraphiques) ; droit des traités. À noter cependant un texte important en matière de protection des droits de l'homme : l'acte général de la conférence de Bruxelles portant abolition de l'esclavage du 2 juillet 1890.

La période qui s'ouvre avec la fin de la seconde guerre mondiale est celle d'un « droit international providence » (Jouannet, 2011a), droit beaucoup plus interventionniste, en grande partie porté par les organisations internationales, tant universelles que régionales, dont le nombre croît considérablement. Alors que l'interdiction du recours à la force est réaffirmée (art. 2 § 4, Charte des Nations unies) et assortie d'un mécanisme de sécurité collective reposant sur le Conseil de sécurité, l'article 1<sup>er</sup> de la Charte des Nations unies fixe entre autres buts à l'Organisation de « réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans

---

<sup>7</sup>Si les racines du droit international contemporain plongent dans le système juridique européen, il ne faut cependant pas omettre le fait que « certaines institutions et règles nécessaires à tout rapport d'égal à égal se sont cristallisées dans les lieux les plus divers » (Kolb, 2010, p. 7), et que l'on peut « *also have to study other regional normative systems which co-existed with the pre-modern European normative system* » (Y. Onuma, 2010, p. 267).

distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. [...] Être un centre où s'harmonisent les efforts des nations vers ces fins communes ».

Ce faisant, l'espace normatif international s'ouvre considérablement. Se développeront alors le droit de la décolonisation (principalement porté par l'Assemblée générale des Nations unies) ; la promotion des droits de la personne humaine, tant au niveau international que régional ; le droit du désarmement ; le renforcement du droit international humanitaire ; le droit international économique ; le droit international de l'environnement ; le droit international du développement ; la protection des minorités, des peuples autochtones ; le droit international pénal, etc.

Apparaissent ou réapparaissent des concepts unificateurs, tels que la personne humaine et l'humanité, désormais dotée d'un patrimoine (la Lune et autres corps célestes – Traité de 1979 – ainsi que la Zone des grands fonds marins – convention de Montego Bay de 1982<sup>8</sup>). Les caractéristiques du patrimoine commun de l'humanité – concept porteur de potentialités considérables – sont au nombre de trois, et viennent en principe fortement limiter la liberté des États et exploitants privés : la non-appropriation, l'utilisation pacifique, l'exploitation dans l'intérêt de l'humanité (exploitation rationnelle et partage équitable des bénéfices<sup>9</sup>). Poussée au terme de sa logique, la notion de patrimoine commun de l'humanité pourrait conduire à considérer les États « comme les gestionnaires d'un bien qu'ils auraient à transmettre en toute intégrité à leurs descendants ». Toutefois, il est aujourd'hui évident « que cette logique du mandataire aura bien du mal à rivaliser avec celle du souverain, même si elle reste circonscrite à la gestion de certains espaces » (Dupuy et Kerbrat, 2012, p. 861).

Le droit international contemporain se trouve en outre confronté à des problématiques inédites qui conduiront probablement à un renforcement de l'interventionnisme. Les changements climatiques en cours menacent, en effet, du fait de la montée du niveau des océans, la survie de certains États insulaires. Or, si l'ordre juridique international est parvenu à s'adapter à la disparition politique des États, il ne dispose pas pour l'heure de réponses adéquates à leur disparition territoriale. Des mécanismes juridiques innovants devront donc être élaborés. Le caractère inédit des enjeux actuels et futurs des changements climatiques a d'ailleurs conduit Palaos à demander en février 2012 à l'Assemblée générale des Nations qu'elle sollicite de la Cour internationale de justice un avis consultatif sur l'applicabilité du droit international aux

---

<sup>8</sup>Les ressources génétiques végétales ont été intégrées en 1989 par la FAO au patrimoine commun de l'humanité, mais en furent exclues en 1992 par la Convention sur la diversité biologique, au nom de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et richesses nationales.

<sup>9</sup>La notion de « patrimoine commun de l'humanité » représente l'une des tentatives de concrétisation du Nouvel Ordre économique international.

questions liées aux changements climatiques, demande pour l'heure demeurée sans suite. Tous ces éléments ne peuvent qu'accroître la complexité de l'espace normatif international.

### *La complexité grandissante de l'espace normatif international*

#### Diversité des instruments normatifs

Fort classiquement, on présente les sources formelles du droit international en se référant à l'article 38, § 1 du statut de la CIJ, dressant la liste des instruments normatifs que la Cour applique dans le cadre du règlement des différends :

- « a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
- b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;
- c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
- d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

Ainsi, les traités, coutumes et principes généraux de droit<sup>10</sup> constituent des sources formelles du droit international, lorsque la jurisprudence et la doctrine représentent des moyens auxiliaires de détermination du droit. On notera également que l'ordre dans lequel sont présentés ces instruments n'implique aucune hiérarchisation. En effet, dans le cadre des relations interétatiques (à l'exclusion du droit des organisations internationales), il n'existe pas de hiérarchie des sources. En ce sens, le traité ne prévaut pas *a priori* sur la coutume ou inversement. On soulignera enfin que cette disposition du statut de la CIJ est l'héritière du statut de la Cour permanente de justice internationale de 1919 ; elle est donc vieille de près d'un siècle. Cela explique, non seulement la référence obsolète et contestable aux « nations civilisées », mais également l'absence de mention des actes unilatéraux des États et des organisations internationales (résolutions, recommandations, décisions, directives, règlements, etc.). La reconnaissance des actes unilatéraux des États comme source de droit international sera œuvre prétorienne, la CIJ, reconnaissant dans l'affaire des *Essais nucléaires* du 20 décembre 1974 que des « déclarations revêtant la forme d'actes unilatéraux et concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques [...] un engagement de cette nature [...] a un effet obligatoire » (CIJ, 1974, p. 472, § 46).

---

<sup>10</sup>À ne pas confondre avec les principes généraux du droit international, qui sont des normes, dont les sources formelles peuvent aussi bien être des traités que des coutumes internationales.

Cependant, la diversité des instruments s'est accrue au rythme de l'expansion des besoins de la communauté internationale, de l'élargissement de l'espace normatif et de la participation grandissante de sujets non étatiques à la régulation internationale. La pratique est déjà largement répandue des *gentlemen's agreements* : ces actes concertés non conventionnels (également désignés sous les expressions « actes informels normatifs » ou « *non-binding agreements* ») sont, à l'instar des traités, issus d'une négociation entre sujets de droit international, mais le principe *pacta sunt servanda* ne trouve pas à s'appliquer à leur égard ; ils n'ont donc pas d'effet obligatoire. À titre d'illustration, on pourrait citer les récents engagements de Copenhague (2009) et de Cancún (2010) sur les changements climatiques, et mentionner les accords d'Helsinki de 1975.

Parallèlement, on voit également se multiplier les déclarations, au contenu plus ou moins précis, émises à l'issue de sommets de chefs d'État et de gouvernement, tels le G 8 ou le G 20. Ainsi, la Déclaration sur le renforcement du système financier adoptée lors du sommet du G 20 de Londres du 2 avril 2009 a entre autres instauré le Conseil de stabilité financière. Se développent également de nombreux codes internationaux de bonne conduite ou de bonnes pratiques. Pour ne prendre qu'un exemple récent, on citera le « document de Montreux » adopté à l'initiative de la Suisse et du CICR par dix-sept États en septembre 2008 (près d'une quarantaine en 2013). Cet instrument, explicitement présenté comme n'étant pas juridiquement contraignant, « rappelle les obligations juridiques existantes des États et des EMSP [Entreprises militaires et de sécurité privées] et des membres de leur personnel et met à la disposition des États des bonnes pratiques visant à promouvoir le respect du droit international humanitaire et des droits de l'homme pendant les conflits armés » (§ 2 de la préface)<sup>11</sup>. Ce Document est complété en novembre 2010 par le Code de conduite international pour les entreprises de sécurité privées (*International Code of Conduct for Private Security Service Providers*, ICoC) qui, lorsque ces entreprises l'acceptent, les obligent à respecter les standards du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, et ce indépendamment de la législation nationale en vigueur<sup>12</sup>. Ce Code international de conduite des entreprises de sécurité privées est, en outre, désormais assorti d'un Mécanisme de gouvernance et de contrôle dont la « charte » est adoptée le 22 février 2013. Ce mécanisme aura en charge des fonctions pour la certification des entreprises de sécurité privées, le monitoring et le traitement des plaintes, afin d'assurer la mise en œuvre effective de l'ICoC<sup>13</sup>.

À ces instruments que sont les codes de conduite, on peut ajouter les standards élaborés par l'Organisation internationale de normalisation (Brosset et Truillhé-Marengo, 2006), les principes

---

<sup>11</sup>Ce document a été transmis au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations unies pour information auprès des membres des Nations unies (A/63/467-S/2008/636).

<sup>12</sup>[www.icoc-psp.org/](http://www.icoc-psp.org/)

<sup>13</sup>[www.eda.admin.ch/eda/fr/](http://www.eda.admin.ch/eda/fr/)

directeurs (notamment les « Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme » adoptés par le conseil des droits de l'homme des Nations unies en juin 2011 ( Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, 2011) ; les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » adoptés en 1976 ; le projet de « Principes de base pour des investissements agricoles responsables respectueux des droits, des moyens de subsistance et des ressources », élaboré conjointement en février 2010 par la FAO, le Fonds international de développement agricole, la Cnuccd et la Banque mondiale, visant à lutter contre les effets néfastes de l'« accaparement des terres » (*land grabbing*). On pourrait ajouter à cette liste non exhaustive les « Normes de performance en matière de durabilité environnementale et sociale » de la Société financière internationale, destinées à ses « clients ».

On constate ainsi que les pratiques juridiques des acteurs et sujets de l'ordre international se sont considérablement diversifiées et, bien que leur portée normative soit très variable et puisse faire l'objet de débats (voir *infra*), elles ne peuvent pas être ignorées par le juriste, pas plus que le phénomène contemporain de « multiplication des ordres juridiques partiels » (Dupuy et Kerbrat, 2012, p. 21).

### *Multiplication des ordres juridiques partiels et menaces sur la cohérence de l'ordre juridique international*

Du fait de l'« explosion normative » que connaît l'ordre juridique international, on est conduit à penser le droit international davantage comme un champ disciplinaire, au sein duquel se déploieraient plusieurs branches voire disciplines quasi autonomes (Daillier, Forteau et Pellet, 2009, p. 84) : droit international pénal, droit international de l'environnement, droit des organisations internationales, droit international des droits de l'homme, droit de la sécurité collective, droit administratif international, droit du contentieux international, droit international des investissements, etc.

À cela s'ajoute une « explosion institutionnelle », tant au plan universel qu'aux plans régional et sous-régional : outre l'ONU, la famille des Nations unies compte dix-sept institutions spécialisées (dont le FMI, la Banque mondiale, l'Organisation de l'aviation civile internationale, la FAO, le FIDA, l'Union météorologique mondiale, etc.), ainsi que de nombreux organismes créés par l'ONU (Haut Commissariat aux réfugiés, Cnuccd, Unicef). D'autres institutions sont « apparentées » au système onusien ; tel est le cas de l'Agence internationale à l'énergie atomique, l'Organisation mondiale du commerce et la Cour pénale internationale. Mais c'est essentiellement au regard du développement des organisations régionales que le phénomène est le plus saisissant ; on en dénombre près de quatre cents, aux domaines d'intervention variés :

politique, économique, social, ou militaire. En outre, certaines conventions internationales ont institué des organes de surveillance et de contrôle spécifiques (Comité des droits de l'enfant, Comité contre la torture, Comité des droits de l'homme, Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, Compliance Advisor Ombudsman de la Banque mondiale, etc.). Toutes ces institutions sécrètent du droit, posent des principes, organisent parfois leurs propres mécanismes de responsabilité ; ce sont donc des ordres juridiques spécifiques, non articulés entre eux *a priori*, ni nécessairement articulés avec l'ordre juridique international général, au point que certains ont pu y voir des *self-contained regimes* (Simma et Pulkowski, 2006).

Au surplus, on constate la multiplication (relative) des juridictions internationales spécialisées et chargées de mettre en œuvre des régimes juridiques particuliers : Tribunal international du droit de la mer, Cour pénale internationale, Organe de règlement des différends de l'OMC, cours régionales des droits de l'homme, cours régionales ou sous-régionales de justice (Union européenne, CEDEAO, CEMAC, Afrique de l'Est), etc. Au regard de l'interprétation des normes internationales par ces multiples organes, le risque de disharmonie jurisprudentielle est grand. Or, « aucune juridiction – aucun “Grand Juge” – ne [détient] la clef pour mettre en compatibilité tous les ensembles (ou sous-ensemble) de normes » (Delmas-Marty, 1986, p. 386). La Cour internationale de justice ne joue en effet pas ce rôle. On peut également craindre que ne s'amplifie une tendance au *forum shopping*, les États se tournant prioritairement vers les juridictions qu'ils supposeraient plus enclines à recevoir leurs prétentions (Kerbrat, 2011 ; Forteau, 2011).

Si on peut se réjouir de ces « progrès » du droit sur la scène internationale, on peut aussi craindre que cette hétérogénéité croissante des normes, régimes juridiques et institutions ne génère une fragmentation du droit international, au point qu'on peut se poser la question de savoir si le droit international public n'est pas entré dans « un système de “relativité générale” » (Forteau, 2011, p. 145), menaçant la sécurité et la prévisibilité juridiques. Ces questions ne relèvent pas de la pure spéculation intellectuelle. En effet, comment garantir ou assurer la compatibilité entre le droit du commerce international et les droits de l'homme ou le droit international de l'environnement<sup>14</sup> ?

Aussi la Commission du droit international des Nations unies a-t-elle inscrit en 2002 à son programme de travail le thème : « fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ». Le rapport de synthèse présenté en 2006 aborde la question sous l'angle normatif (et non institutionnel). Tout en rappelant l'absence de hiérarchie générale en droit international, le rapport conclut que les conflits

---

<sup>14</sup>On soulignera à cet égard que si la CIJ était saisie d'une demande d'avis consultatif sur l'applicabilité du droit international aux questions liées aux changements climatiques, elle pourrait se prononcer sur l'articulation et la compatibilité d'un certain nombre de ces ordres juridiques partiels.

éventuels relèvent en fait de problématiques classiques, auxquelles il peut être répondu en faisant usage des principes tout aussi classiques codifiés par la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités entre États : accorder la priorité conventionnelle au droit spécial sur le droit général, au droit postérieur sur le droit antérieur et aux normes impératives (*jus cogens*) sur les autres normes. La cohérence de l'ordre juridique international n'est donc pas menacée (groupe d'étude de la Commission du droit international, 2006).

Néanmoins, la complexité grandissante de l'espace normatif international, la diversification des instruments juridiques, mais aussi la multiplication des communautés normatives alternatives et des ordres juridiques partiels, conduisent à se demander si n'apparaîtrait pas, et pour reprendre l'expression de Gunther Teubner, des *entangled hierarchies* (Teubner, 1997b, p. 765).

## **ENTANGLED HIERARCHIES ET RÉFLEXIONS CONCLUSIVES SUR LA FORCE NORMATIVE EN DROIT INTERNATIONAL**

La crise d'identité évoquée au début de ce chapitre est-elle véritablement celle de l'ordre juridique international lui-même ? Ne pourrait-elle pas être perçue comme une crise du modèle avec lequel on a élaboré et pensé le droit international (voire le Droit) depuis le XIX<sup>e</sup> siècle en Occident ? C'est en maintenant cette interrogation en toile de fond que l'on observera l'incertitude grandissante des frontières normatives et l'apparition de ces *entangled hierarchies*, et que l'on proposera quelques réflexions conclusives sur la notion de force normative en droit international.

### *Frontières incertaines et apparition d'entangled hierarchies*

Les évolutions contemporaines mettent clairement en évidence le flou grandissant qui caractérise les frontières entre droit et non-droit, entre *soft law* et *hard law*, entre droit public et droit privé. Au point tel que le droit international « *resembles a dense web of overlapping and detailed prescriptions* » (Simma et Pulkowski, 2006, p. 484).

Il est à rappeler toutefois que l'une des caractéristiques de l'ordre juridique international, passé ou contemporain, est l'absence de hiérarchie générale. Les sources formelles du droit perçues selon la théorie classique comme émanant de la volonté des États sont considérées comme hiérarchiquement équivalentes (le principe hiérarchique trouve cependant à s'appliquer en droit des organisations internationales, l'acte constitutif de l'organisation primant sur le droit dérivé). Quant à la hiérarchie des normes, elle est des plus réduites : tout au plus peut-on faire mention des principes du *jus cogens*, dont l'existence et les effets juridiques sont consacrés par les articles



53 et 64 de la convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, mais dont le contenu demeure volontairement imprécis (interdiction de la torture, du génocide, de l'esclavage, notamment). L'article 103 de la Charte des Nations unies assure également une certaine coordination entre les obligations interétatiques, les obligations résultant de la Charte prévalant sur toute autre obligation des membres de l'Organisation. La CIJ en a tiré la conclusion selon laquelle les résolutions du Conseil de sécurité prises sur le fondement du Chapitre VII priment sur les engagements conventionnels des États (Ordonnance en indication de mesures conservatoires du 14 avril 1992, Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (*Libye c. Royaume-Uni et Libye c. États-Unis*), § 42).

Hors de ces hypothèses, il pourrait sembler acquis que le « droit mou » devrait céder face au « droit dur », et le droit transnational d'origine privée devant le droit international public. Quelques exemples mettront en évidence que les agencements normatifs forment parfois des « boucles étranges » (Ost et Van de Kerchove<sup>15</sup>, 2002, p. 49 et suiv.) et des phénomènes de rétroaction. Ainsi, on sait que la répétition régulière de résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies sur un thème donné – résolutions en elles-mêmes non contraignantes, relevant donc du *soft law* – peut participer à l'émergence d'une norme coutumière internationale – relevant du *hard law* – : « les résolutions de l'Assemblée générale, même si elles n'ont pas force obligatoire, peuvent parfois avoir une valeur normative. Elles peuvent, dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. [...] Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle » (CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, *Rec.*, p. 254-255, § 70). L'on soulignera à cet égard que le droit de la décolonisation repose pour ainsi dire exclusivement sur des résolutions de l'Assemblée générale.

Dans un domaine plus technique, celui du transport aérien (cela vaut également pour le transport maritime), les États ont « délégué » à l'Association internationale du transport aérien (ONG dont sont membres 93 % des compagnies aériennes et au sein de laquelle l'Organisation de l'aviation civile internationale dispose du statut d'observateur) un pouvoir normatif important pour tout ce qui concerne la logistique des vols internationaux et surtout la fixation des tarifs, déterminés dans le cadre de « conférences de trafic ». Les tarifs sont donc fixés sur la base d'ententes entre acteurs économiques internationaux (dont on notera qu'elles ne sont pas sanctionnées par le droit européen ou américain de la concurrence...). Or, lorsque les États concluent des accords bilatéraux relatifs aux conditions d'accès aux marchés et à la concurrence

---

<sup>15</sup>Les auteurs reprenant eux-mêmes l'expression et le concept à Douglas Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, Paris, Interéditions, 1985, p. 799.

des compagnies aériennes nationales, ils renvoient directement depuis 1946 aux tarifs fixés par l'IATA (Guinchard, 1956). Le droit international se réfère, voire se soumet donc directement au droit transnational.

La jurisprudence internationale joue également un rôle fondamental en matière de reconfiguration hiérarchique. Ainsi, et pour ne prendre qu'un seul exemple, on peut citer l'usage que fait la Cour interaméricaine des droits de l'homme de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones. L'affaire la plus célèbre en la matière est l'arrêt du 28 novembre 2007, *Communauté Saramaka c. Suriname*, dans lequel la Cour va se fonder sur l'article 32 de la Déclaration prévoyant la consultation des populations autochtones en vue d'obtenir leur consentement avant d'accorder des concessions d'exploitation de leurs terres. Alors même que la Déclaration n'a pas valeur contraignante (étant incorporée à une résolution de l'Assemblée générale), la Cour va rappeler que ladite déclaration a été « *approved [...] with the support of the State of Suriname* » ; et elle va même jusqu'à analyser les explications de vote formulées par l'État devant l'Assemblée générale pour renforcer l'opposabilité du principe du consentement préalable : « *in explaining the position of the State in favor of this text, the representative of Suriname is reported to have specifically alluded to the aforementioned text of Article 32 of such instrument* ». Le principe d'*estoppel*, non évoqué par la Cour, s'opposerait alors à ce que l'État se retranche derrière le caractère non contraignant de la déclaration.

Sans multiplier les exemples, on peut pour finir faire mention du désormais célèbre dialogue des juges. Si à de nombreuses reprises, la doctrine a pu regretter le fait que la CIJ portait un très faible intérêt à la jurisprudence des autres juridictions internationales ou régionales, cette attitude d'isolement semble désormais révolue. Si cela était déjà notable dans l'affaire de *L'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, dans laquelle la Cour s'est fortement appuyée sur les conclusions du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* semble marquer un tournant plus décisif. Dans l'arrêt du 30 novembre 2010, la Cour, pour confirmer son interprétation des articles 13 du Pacte de 1966 sur les droits civils et politiques, et 12 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatifs à l'expulsion des étrangers, fait explicitement référence à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples ainsi qu'à la Cour européenne et à la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Plus nettement encore, dans cette même affaire, mais dans l'arrêt relatif à l'indemnisation due par la République démocratique du Congo (RDC) à la Guinée pour le préjudice subi par M. Diallo (arrêt du 19 juin 2012), la Cour, peu coutumière de la détermination du montant d'une indemnité, va s'appuyer sur la pratique d'autres juridictions et commissions internationales ayant l'expérience de l'indemnisation : Tribunal international du droit de la mer, Cour EDH, Cour interaméricaine des droits de l'homme, Tribunal des réclamations États-Unis/Iran, Commission

des réclamations Éthiopie/Érythrée, Commission mixte de réclamations États-Unis/Allemagne, Comité des droits de l'homme et Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. Se forme ainsi une circulation des modèles et pratiques juridiques à l'échelle mondiale. Aussi peut-on affirmer que l'ordre juridique international est devenu « un réseau de processus et d'ensembles de normes, de discours, de pratiques, qui n'entretiennent pas de relations simples de type linéaire, mais des relations caractérisées par des migrations, des hiérarchies partielles et des échanges récursifs » (Jouannet, 2013, p. 68). Est-ce à dire pour autant que la force normative du droit international s'en trouve affaiblie ?

### *Les multiples visages de la force normative en droit international*

Dans ces dernières lignes, il ne s'agira ni de revenir sur l'éternel débat relatif à l'effectivité du droit international (soi-disant faibles garanties juridictionnelles, quasi-absence de sanction en cas de violation des normes, absence de détermination objective de la légalité, etc.), ni de développer une théorie de la force normative en droit international. Le concept de force normative a été analysé par Catherine Thibierge et de nombreux autres chercheurs (Thibierge, 2009), et n'en seront ici repris que les principaux éléments. Toutefois, afin de mesurer l'importance du concept et son intérêt dans l'analyse des évolutions contemporaines du droit international, il est intéressant de revenir sur les multiples questions que suscite cette seule interrogation : « Qu'est-ce qui fait la force – ou l'absence de force – d'une norme ? » « Son caractère obligatoire ? Sa sanction ? Et surtout la contrainte de l'autorité publique dont elle est assortie ? Sa place dans la hiérarchie des normes ? L'autorité de son auteur ? La qualité de sa source ? Et la formulation impérative de son énoncé ? Mais aussi ses effets juridiques ? Et l'accueil que lui réserve le juge ? Et plus largement l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ? Sans oublier l'effectivité de la norme sur le terrain, la réception qu'en ont les destinataires ? Ajoutée à la conviction qu'ils ont de sa force ? Et bien d'autres éléments encore, comme ceux qui relèvent du langage ou du symbolique... Un élément prépondérant dans toute cette énumération ? Tout cela ensemble ? Tout cela, mais hiérarchisé ? » (Thibierge, 2009, p. 816).

Toutes ces questions ont traversé explicitement ou non les développements précédents, ce qui confirme l'apport à tout le moins pratique et théorique (mais également épistémologique) du concept de force normative à l'étude de l'ordre juridique international.

Schématiquement, on retiendra que la force normative se déploie à l'intérieur de trois pôles : la valeur normative (relative à la source de la norme : son auteur, sa place dans la hiérarchie des normes, sa validité, la nature de l'instrument, etc.) ; la garantie normative (relative au système juridique : existence de contrainte, de sanction, opposabilité, invocabilité, etc.) ; la portée

normative (relative aux destinataires : réception de la norme, effets sur les conduites, effets secondaires, etc.). Ainsi, la valeur normative renvoie à « la vocation de la norme à fournir référence », la portée normative « au fait pour la norme de servir de référence » et la garantie normative à « la réaction potentielle et/ou effective du système juridique » (Thibierge, 2009, p. 826). Ces trois pôles sont en interaction entre eux et leur intensité est variable, non seulement d'une norme à l'autre, mais également dans le temps. Ainsi, une norme – telle la Déclaration des droits des peuples autochtones – assortie *ab initio* d'une faible valeur normative et d'une faible garantie normative, s'est vue conférer cette dernière par le juge, ce qui a également renforcé sa portée normative (Geslin, 2010).

La force normative est donc une « co-crédation » des différents agents du droit, aucun n'en étant pleinement le maître. Le terme « agents » – que l'on préfère à « acteurs » employé par Catherine Thibierge – doit ici être entendu au sens plus large, proche du terme anglo-saxon « *agencies* », renvoyant à des intentionnalités (réelles ou imaginaires). Ainsi, la force normative pourrait être considérée comme le résultat de la rencontre de multiples réseaux d'intentionnalités. Partant, différents jeux de pouvoir influent sur cette force. À l'heure où l'ordre juridique international commence à s'ouvrir, sous la pression des communautés autochtones notamment, à l'internormativité et au dialogue interculturel, où les forces transnationales sont de plus en plus présentes – firmes multinationales, organisations non gouvernementales, voire diaspora ou opinions publiques –, où des communautés normatives alternatives se déploient, où la conscience d'une nécessaire régulation de certains phénomènes globaux – *land grabbing*, système financier international par exemple – émerge avec insistance, un tel constat s'avère de la plus haute importance.

Aussi n'est-il peut-être pas inutile de rappeler l'invite formulée par Michel Foucault : « il ne faut pas [...] chercher [la condition de possibilité du pouvoir] dans l'existence première d'un point central, dans un foyer unique de souveraineté d'où rayonneraient des formes dérivées et descendantes ; c'est le socle mouvant des rapports de force qui induisent sans cesse, par leur inégalité, des états de pouvoir, mais toujours locaux et instables. [...] C'est dans ce champ des rapports de force qu'il faut tenter d'analyser les mécanismes de pouvoir. Ainsi, on échappera à ce système Souverain-Loi qui a si longtemps fasciné la pensée politique » (Foucault, 1976, p. 122 et 128).

### **Encadré 1 : Exemple de plan de cours sur le droit international public**

Il est devenu indispensable que l'enseignement du droit international prenne clairement en considération les évolutions fondamentales que connaît la société internationale du fait, entre autres, du phénomène de globalisation. Tel est l'objectif de cet encadré, gardant toutefois à l'esprit qu'il n'y a pas rupture radicale entre un ordre juridique ancien et un ordre juridique nouveau, mais bien processus dynamique et hybridation. Il faut également souligner qu'étant donné le développement normatif très important que connaît l'ordre juridique international depuis quelques décennies, un grand nombre de points abordés peuvent faire l'objet d'un cours distinct à part entière.

#### **Introduction**

A- Les histoires du droit international

1. Approche transcivilisationnelle du droit international
2. Origine européenne du droit international contemporain

B- Les conceptions théoriques de l'ordre juridique international

1. Jusnaturalisme
2. Positivisme volontariste
3. Positivisme normativiste
4. Positivisme objectiviste

C- Le droit international face au phénomène de globalisation

#### **I- Les sujets de l'ordre juridique international**

A- Introduction : les critères de la subjectivité internationale

1. La conception restrictive
2. La conception extensive

B- Les sujets originaires de l'ordre juridique international : les États ou les individus ?

1. Approche volontariste : l'État, sujet originaire
2. Approche objectiviste : l'individu, sujet originaire

C- Les sujets dérivés

1. Entités interétatiques
2. Entités infra-étatiques
3. Entités non étatiques

## **II- La production normative**

A- Introduction : absence de hiérarchie générale des sources formelles du droit international

B- La multiplicité des instruments normatifs

1. Les modes de formation spontanée
2. La coutume internationale
3. Les principes généraux de droit
4. Les modes de formation volontaire
5. Le mode de formation conventionnel
6. Les actes unilatéraux des États et des organisations internationales
7. Les actes concertés non conventionnels internationaux et transnationaux
8. Jurisprudence et doctrine comme moyens auxiliaires de détermination du droit international

C- L'interprétation du droit international

1. Absence de détermination objective du sens des normes
  - a) Interprétation authentique
  - b) Interprétation non authentique
2. Méthodes d'interprétation

D- Frontières incertaines entre *soft* et *hard law* et développement de la régulation multiniveaux

## **III- L'application du droit international**

#### A- Application du droit international en droit interne

1. Pluralité d'ordres juridiques distincts ou unité de l'ordre juridique ?
2. Diversité des relations entre les normes de cet ou de ces ordres juridiques
3. Application du droit international dans l'ordre juridique français
  - a) Question de la primauté
  - b) Question de l'applicabilité
  - c) Question de l'interprétation

#### B- Application du droit international dans l'ordre juridique international

1. La responsabilité internationale des États et des organisations internationales
2. La responsabilité pénale internationale des individus
3. Le développement d'un contrôle diffus du comportement des différents sujets de droit international

### **IV- La diversification des finalités du droit international**

#### A- La pacification des relations internationales

1. Réglementation du recours à la force armée
  - a) Interdiction progressive du recours à la force armée
  - b) Le mécanisme de sécurité collective
  - c) Le droit des conflits armés internationaux et non internationaux
  - d) Le désarmement
2. Obligation de règlement pacifique des différends
  - a) Règlements non juridictionnels
  - b) Règlements juridictionnels

#### B- La promotion du développement

1. Le droit international économique
2. Les caractéristiques de l'ordre économique international
  - a) Les normes économiques internationales
3. Le droit international du développement

b) La souveraineté permanente sur les ressources naturelles, richesses nationales et activités économiques

c) Les tentatives de régulation des investissements étrangers

d) Le développement durable

C- La protection des droits de la personne humaine

1. La diversité des droits protégés

a) Droits individuels

b) Droits collectifs

2. La multiplicité des mécanismes internationaux et régionaux de protection

D- La protection de l'humanité

1. Le patrimoine commun de l'humanité

2. La gestion des ressources naturelles transfrontalières

3. Le droit international de l'environnement

a) Multiplicité d'acteurs

b) Diversité des instruments juridiques

c) Diversité des domaines d'intervention



## Références bibliographiques

ABBOTT (K.) (2011), « The Transnational Regime Complex for Climate Change » (<http://ssrn.com/>).

ALLAND (D.) (dir.) (2000), *Droit international public*, Paris, PUF.

ARNAUD (A.-J.) (2003), *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et postmondialisation*, Paris, LGDJ.

AUSTRIAN REVIEW OF INTERNATIONAL AND EUROPEAN LAW (ARIEL) (2003), « Agora : Is the Nature of the International Legal System Changing ? », 8, 598 p.

BASLAR (K.) (1998), *The Concept of the Common Heritage of Mankind in International Law*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.

BERMAN (P. S.) (2005), « From International Law to Law and Globalization », *Columbia Journal of Transnational Law*, 43, p. 485-556.

BETSILL (M. M.) et BULKELEY (H.) (2006), « Cities and the Multilevel Governance of Global Climate Change », *Global Governance*, 12 (2), p. 141-159.

BROSSET (E.) et TRUILHÉ-MARENGO (E.) (dir.) (2006), *Les Enjeux de la normalisation technique internationale ; entre environnement, santé et commerce international*, Paris, La Découverte.

CANÇADO TRINDADE (A. A.) (2011), *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pedone.

CARREAU (D.) et MARRELLA (F.) (2012), *Droit international*, Paris, Pedone, 11<sup>e</sup> édition.

CIJ, arrêt, 26 février 1997, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, *Rec.*, pp. 43-240.

CIJ, arrêt, 19 juin 2012, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. RDC)*, <http://www.icj-cij.org>.

CIJ, avis consultatif, 11 avril 1949, *Réparation des dommages subis au service des Nations unies*, *Rec.*, p. 174-220.

CIJ, avis consultatif, 8 juillet 1996, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, *Rec.*, p. 226-267.

- CIJ, Ordonnance en indication de mesures conservatoires, 14 avril 1992, *Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Libye c. Royaume-Uni et Libye c. États-Unis)*, *Rec.*, pp. 114-128.
- CHEMILLIER-GENDREAU (M.) (1995), *Humanités et souverainetés. Essai sur la fonction du droit international*, Paris, La Découverte.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.) (2012), *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 10<sup>e</sup> édition.
- CORTEN (O.) (2009), *Le Discours du droit international. Pour un positivisme critique*, Paris, Pedone.
- DAILLIER (P.), FORTEAU (M.) et PELLET (A.) (2009), *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition.
- DELBRÜCK (J.) (2001), « Structural Changes in the International System and its Legal Order : International Law in the Era of Globalization », *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, 11, p. 1-36.
- DELMAS-MARTY (M.) (1986), *Le Flou du droit*, Paris, PUF.
- DELMAS-MARTY (M.) (2004), *Les Forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Paris, Seuil.
- DELMAS-MARTY (M.) (2011), *Les Forces imaginantes du droit (IV). Vers une communauté de valeurs ?*, Paris, Seuil.
- DISTEFANO (G.) (2007), « Observations éparées sur les caractères de la personnalité juridique internationale », *Annuaire français de droit international*, 53, p. 105-128.
- DUPUY (P.-M.) (2003), « L'unité de l'ordre juridique international. Cours général de droit international public (2000) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international (RCADI)*, p. 9-490.
- DUPUY (P.-M.) et KERBRAT (Y.) (2012), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> édition.
- DUPUY (R.-J.) (1986), *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica.
- DUPUY (R.-J.) (1989), *La Clôture du système international. La cité terrestre*, Paris, PUF.
- DUPUY (R.-J.) (2004), *Le Droit international*, Paris, PUF.
- ESLAVA (L.) et PAHUJA (S.) (2011), « Between Resistance and Reform : TWAIL and the Universality of International Law », *Trade, Law and Development*, 3 (1), p. 103-130.
- FOLLESDAL (A.) (2013), « The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law », *Global Constitutionalism*, 2 (1), p. 37-62.

- FORTEAU (M.) (2008), « L'idée d'une culture internationale du droit international et les Nations unies », dans Société française pour le droit international (SFDI), *Droit international et diversité des cultures juridiques/International Law and Diversity of Legal Cultures*, Paris, Pedone, p. 357-386.
- FORTEAU (M.) (2011), « *Forum shopping* et fragmentation du droit applicable aux relations internationales », dans M. Forteau (dir.), *La Fragmentation du droit applicable aux relations internationales*, Paris, Pedone, 27, p. 143-163.
- FOUCAULT (M.) (1976), *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard.
- FROUVILLE (O. de) (2001), « Une conception démocratique du droit international », *Revue européenne des sciences sociales*, 39 (120), p. 101-144.
- FROUVILLE (O. de) et DECAUX (E.) (2012), *Droit international public*, Paris, Dalloz, 8<sup>e</sup> édition.
- GARCIA (F. J.) (2005), « Globalization and the Theory of International Law », research paper 75, *Legal Studies Research Papers Series*, Boston College Law School (<http://ssrn.com/>).
- GESLIN (A.) (2006), *Relations internationales*, Paris, Hachette.
- GESLIN (A.) (2009), « Populations autochtones et brevetabilité du vivant : la tentation de Perséphone », dans E. Brosset (dir.), *Le Droit international et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés ?*, Paris, La Documentation française, p. 139-157.
- GESLIN (A.) (2010), « La protection internationale des peuples autochtones : de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative », *Annuaire français de droit international*, 56 p. 657-687.
- GESLIN (A.) (2013), « Aires protégées transfrontalières et parcs pour la paix : entre géopolitique des conflits et protection transnationale de la diversité bio-culturelle », dans A. Ailinçai et S. Lavorel (dir.), *Exploitation des ressources naturelles et protection des droits de l'homme*, Paris, Pedone, p. 105-120.
- Groupe d'étude de la Commission du droit international (2006), *La Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, A/CN.4/L.682, 13 avr. 2006 et A/CN.4/L.682/Corr.1, 11 août 2006.
- GUINCHARD (M.) (1956), « L'International Air Transport Association », *Annuaire français de droit international*, 2, p. 666-672.
- HALPÉRIN (J.-L.) (2009), *Profils des mondialisations du droit*, Paris, Dalloz.
- JOUANNET (E.) (2011a), *Le Droit international libéral-providence. Une histoire du droit international*, Bruxelles, Bruylant.

- JOUANNET (E.) (2011b), *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ?*, Paris, Pedone.
- JOUANNET (E.) (2013), *Le Droit international*, Paris, PUF.
- JOUANNET (E.), RUIZ FABRI (H.) et SOREL (J.-M.) (dir.) (2008), *Regards d'une génération sur le droit international*, Paris, Pedone.
- KENNEDY (D.) (2009), *Nouvelles approches de droit international*, Paris, Pedone.
- KERBRAT (Y.) (dir.) (2011), *Forum shopping et concurrence des procédures contentieuses internationales*, Bruxelles, Bruylant.
- KOLB (R.) (2003), *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles, Bruylant.
- KOLB (R.) (2010), *Esquisse d'un droit international public des anciennes cultures extra-européennes*, Paris, Pedone.
- KOSKENNIEMI (M.) (2005), « International Law in Europe : Between Tradition to Renewal », *European Journal of International Law*, 16 (1), p. 113-124.
- KOSKENNIEMI (M.) (2007), *La Politique du droit international*, Paris, Pedone.
- LATTY (F.) (2007), *La Lex sportiva. Recherche sur le droit transnational*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- MARTINEAU (A.-C.) (2006), « La fragmentation du droit international : un renouvellement répété de la pensée ? », *International Law : Do We Need It ?*, conférence bi-annuelle de la European Society of International Law, Paris, 18-20 mai 2006 ([www.esil-sedi.eu/](http://www.esil-sedi.eu/)).
- MILANI (C.) (2000), « La complexité dans l'analyse du système-monde : l'environnement et les régulations mondiales », *Droit et Société*, 46, p. 425-455.
- ONUMA (Y.) (2010), *A Transcivilizational Perspective on International Law : Questioning Prevalent Cognitive Frameworks in the Emerging Pulti-Polar and Multi-Civilizational World of the Twenty-First Century*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.) (2002), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis.
- PICOT (H.) (2009), « D'un degré de la force normative : la force impérative en droit international public », dans C. Thibierge et al., *La Force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Bruylant, p. 345-358.
- POUPEAU (F.) (2013), « Conflits environnementaux et régulation multiniveaux. Éléments pour une analyse sociologique », dans A. Caillé et S. Dufoix, *Le Tournant global des sciences sociales*, Paris, La Découverte, p. 209-218.

Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises (2011), *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies*, A/HRC/17/31, 21 mars 2011.

RUIZ FABRI (H.) (2008), « Nécessité d'une approche européenne du droit international ? Ni oui, ni non, ni blanc, ni noir », dans Société française pour le droit international (SFDI), *Droit international et diversité des cultures juridiques/International Law and Diversity of Legal Cultures*, Paris, Pedone, p. 223-240.

SANDS (P.) (2000), « Vers une transformation du droit international ? Institutionnaliser le doute », *Droit international* 4, IHEI, Pedone, p. 179-273.

SASSEN (S.) (2013), « Territoire, autorité, droits : nouveaux assemblages », dans A. Caillé et S. Dufoix, *Le Tournant global des sciences sociales*, Paris, La Découverte, p. 186-208.

SCELLE (G.) (1932), *Précis du droit des gens. Principes et systématique*, Paris, Sirey.

SCELLE (G.) (1948), *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien.

SHAW (M. N.) (2008), *International Law*, Cambridge (Mass.), Cambridge University Press, 6<sup>e</sup> édition.

SHELTON (D.) (2006), « Normative Hierarchy in International Law », *American Journal of International Law*, 100 (2), p. 291-323.

SIMMA (B.) et PULKOWSKI (D.) (2006), « Of Planets and the Universe : Self-contained Regimes in International Law », *European Journal of International Law*, 17 (3), p. 483-529.

SLAUGHTER (A.-M.) (2004), *A New World Order*, Princeton (N.J.), Princeton University Press.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI) (2000), *Hommage à René-Jean Dupuy. Ouvertures en droit international*, Paris, Pedone.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI) (2002), *Les Collectivités territoriales non étatiques dans le système juridique international*, Paris, Pedone.

SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL (SFDI) (1997), *Enseignement du droit international. Recherche et pratique*, Paris, Pedone.

TEUBNER (G.) (1997a), « Global Bukovina. Legal Pluralism in the World Society », dans G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth, p. 3-28.

TEUBNER (G.) (1997b), « The King's Many Bodies : The Self-Deconstruction of Law's Hierarchy », *Law and Society Review*, 31 (4), p. 763-787.

THIBIERGE (C.) (2009), « Le concept de “force normative” », dans C. Thibierge *et al.*, *La Force normative. Naissance d'un concept*, Bruxelles, Bruylant, p. 813–846.